

Nota Técnica ANPR nº 006/2021-UC

Brasília, 16 de setembro de 2021.

Nota técnica sobre o Projeto de Lei nº 2.505/2021

Referência: Projeto de Lei nº 2.505/2021 (Senado Federal) – altera a Lei nº 8.492/1992, que dispõe sobre improbidade administrativa.

A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA - ANPR, entidade associativa que representa os membros do Ministério Público Federal, com o objetivo de contribuir ao debate legislativo referente à tramitação no Senado Federal do Projeto de Lei nº 2.505/2021, que pretende alterar, em seu art. 2º, a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), apresenta esta nota técnica, com reflexões sobre os temas abordados e no projeto sugestões de supressão, alteração e inclusão de dispositivos.

A nota está dividida nos seguintes tópicos: 1. A previsão de dolo específico e o elemento subjetivo na improbidade administrativa; 2. Os atos de improbidade administrativa por violação a princípios; 3. Exclusão de tipicidade por

divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência ou em doutrina; 4. Diminuição do alcance da participação do terceiro na improbidade administrativa; 5. Redimensionamento das sanções por ato de improbidade administrativa; 6. Execução das sanções somente após o trânsito em julgado; 7. Mudança na natureza jurídica das cautelares patrimoniais; 8. Necessidade de segurança jurídica aos acordos de não persecução cível; 9. A indevida interferência entre instâncias; 10. Exíguo prazo para conclusão do inquérito civil; e 11. Mudança do regime de prescrição da pretensão sancionatória

1. A previsão de dolo específico e o elemento subjetivo na improbidade administrativa

O PL exige o instituto do dolo específico na configuração de ato de improbidade administrativa, em contrariedade ao posicionamento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, o que dificulta e até pode inviabilizar a prova do elemento subjetivo da improbidade.

Nos termos da Lei nº 8.429/92, atualmente em vigor, o processo de tipificação de determinado ilícito exige uma tipificação formal da conduta ilícita e uma tipificação material, que aponte uma relevante ofensa ao bem jurídico protegido pelas modalidades de atos de improbidade administrativa.

O PL aprovado pretende subverter este sistema atual e estrutural da atividade sancionadora no Brasil.

De um lado, quer ignorar e eliminar a consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que admite a configuração do ato ímprobo praticado mediante dolo genérico.

A solução adotada consiste na definição de dolo como a “vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º e 10, não bastando a mera voluntariedade do agente” (parágrafo 4º), ou “ato doloso com fim ilícito” (parágrafo 5º).

Os novos dispositivos querem, em verdade, restringir o significado da forma dolosa de atuação ímproba, para limitá-la a casos em que deverá haver a comprovação da “vontade específica” de alcançar o resultado ilícito, ou seja, a de obter o enriquecimento ilícito, a de ensejar prejuízo ao Erário e de violar princípios.

Essa previsão subverteria as estruturas do regime de responsabilização pela prática de atos de improbidade hoje em vigor, bem como desconsideraria, por completo, a proposta originária do projeto de lei, que não continha esta restrição desqualificada do elemento subjetivo.

Do ponto de vista da tutela da probidade e do patrimônio público, a ação de improbidade administrativa só se mostrará viável se, realizado um esforço hercúleo ou desproporcional, o autor da ação (Ministério Público) trouxer a demonstração do dolo específico.

Os dispositivos, por outro lado, são totalmente desnecessários sob o ponto de vista do Direito Sancionador, pois o conceito de dolo na avaliação de uma conduta humana está há muito sedimentado no Código Penal, “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”, nos termos do seu artigo 18, inciso I.

O trecho do PL que faz menção à expressão “não bastando a voluntariedade” é redundante, pois faz da “consciência” um falso elemento cognitivo superior e de difícil captura probatória, ao contrário da voluntariedade, que por si é algo perceptível por dados objetivos da realidade. Uma das razões do dolo ser, simultaneamente, “consciência e voluntariedade” é justamente minimizar as dificuldades clássicas da “prova do dolo”, que o PL parece desnaturar.

A redação atual ensejará ofensa ao princípio da proporcionalidade, na medida em que o sistema de improbidade administrativa, previsto no artigo 37, § 4º, da Constituição, não pode criar limitações excessivas na tipificação do comportamento subjetivo que impliquem uma intolerável inefetividade da tutela jurídica que o dispositivo quer resguardar.

Por essa razão, a ANPR sugere a supressão do § 3º do art. 1º e o § 1º do art. 11 e nova redação ao art. 1º, § 2º,, nos seguintes termos:

“Art. 1º.

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei.” (NR)

2. Os atos de improbidade administrativa por violação a princípios

O PL aprovado na Câmara retirou do *caput* do art. 11 a palavra “notadamente” com o objetivo de configurar um rol taxativo de hipóteses de proteção aos princípios da administração pública. O rol, porém, é muito limitado e não atende a diversas hipóteses de atos ímprobos.

Se, por um lado, o legislador pretendeu trazer segurança jurídica no fechamento do rol do art. 11, atendendo à crítica de que a redação atual seria bastante aberta, a enumeração de apenas seis incisos (condutas) deixou de for a condutas gravíssimas e que merecem reprimenda, tais como a tortura para obter confissão e o assédio sexual na repartição pública, entre outras.

A ANPR sugere a manutenção dos incisos mais relevantes que já constavam do art. 11, acrescentando-se outras condutas já reconhecidas por tribunais

superiores ou tipificadas como crime, como as que constam do rol dos crimes contra a Administração Pública no Código Penal e que não representam enriquecimento ilícito ou lesão ao Erário.

Esse paralelo é relevante porque a CF/88 reconhece expressamente a autonomia das instâncias e a inexistência de violação ao *bis in idem* na repressão simultânea em duas esferas (criminal e da improbidade).

A ANPR sugere, assim, a alteração da proposta quanto ao art. 11 da Lei nº 8.429/92, que passaria a ter a seguinte redação:

“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que, no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, desde que esteja compreendido em uma das seguintes condutas:

I - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, em atitude desonesta;

II - Revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

III - Negar publicidade indevidamente aos atos oficiais;

IV - Frustrar a licitude de concurso público ou de seleção pública;

V – Favorecer terceiro em licitação ou contratação pública;

VI - Deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - Impedir ou, de qualquer forma, embaraçar a transição de mandatos políticos, prejudicando a imediata continuidade do serviço público ou a prestação de contas de recursos recebidos no mandato anterior;

VIII - Extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente;

IX - Deixar o agente público, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente;

X - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da função pública;

XI - Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei;

XII - Praticar violência, no exercício de função ou a pretexto de exercê-la;

XIII - Praticar falsidade material ou ideológica ou fazer uso de documento falso em benefício próprio ou alheio;

XIV - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço;

XV - Exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida não financeira;

XVI - Exigir tributo que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza;

XVII - Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de crime ou improbidade administrativa, com a consciência da ilicitude;

XVIII - Descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas relativas a convênios, contratos de repasse e parcerias firmadas pela administração pública;

XIX - Nomear de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas;

XX - Incontinência pública e conduta escandalosa no recinto público;

Como **regra de transição**, a fim de garantir a continuidade dos processos em curso, sugere-se a elaboração de dispositivo com o seguinte teor:

Art. XX. As alterações no art. 11 e respectivos incisos, levados a efeito por esta lei, não atingirão os processos judiciais em curso ou transitados em julgado.” (NR)

3. Exclusão de tipicidade por divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência ou em doutrina

O PL cria, no § 8º do art. 1º da Lei nº 8.429/1992, uma exclusão da tipicidade de condutas na hipótese de “divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência ou em doutrina”.

Pretende o dispositivo criar uma zona de imunidade à responsabilidade, sob a alegação de que não haverá improbidade no caso de “divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência ou em doutrina”.

Além da abertura de uma cláusula genérica que inequivocamente gerará insegurança jurídica na aplicação da lei, o mesmo dispositivo complementa que “mesmo que não venha [a conduta funcional e seu resultado objeto de controle] a ser posteriormente prevalecente nas decisões de controle [leia-se, controle interno e controle externo] ou dos Tribunais”.

Não confundir o ato eivado de improbidade administrativa com o ato “meramente” ilegal é um corolário da própria Constituição. No entanto, condicionar a existência de improbidade para situações em que não há “divergências”, é criar uma barreira generalizante e injustificada que só levantará obstáculos à investigação, apuração e responsabilização dos agentes públicos na aplicação ilegal e ímproba da lei. Cria-se o potencial de exclusão da improbidade por convicção unilateral do agente

com margens de voluntarismo, com a criação de raciocínios e pareceres que artificialmente subtraem os mecanismos de controle.

O dado fundamental é que a identificação da regularidade e da solução razoável podem ser apreciadas pelo Poder Judiciário. No entanto, a proposta do PL é grave por suprimir a apreciação judicial efetiva da hipótese, pois a ela se torna indiferente (“...mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões de controle ou dos Tribunais”), o que viola a matriz do exercício jurisdicional prevista no art. 5º, XXV da Constituição da República.

É fundamental ainda destacar o compromisso assumido pelo Estado Brasileiro, na Convenção Internacional da ONU contra a Corrupção, de prevenir e de reprimir o Abuso de funções (artigo 19), pelo qual:

Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o abuso de funções ou do cargo, ou seja, a realização ou omissão de um ato, em violação à lei, por parte de um funcionário público no exercício de suas funções, com o fim de obter um benefício indevido para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade.

Esta medida de “penalização” deve ser apreendida, à luz do que dispõe a própria Convenção, em seu âmbito de aplicação (artigo 3º), pelo qual:

Para a aplicação da presente Convenção, a menos que contenha uma disposição em contrário, não será necessário que os delitos enunciados nela produzam dano ou prejuízo patrimonial ao Estado” (item 2).

A previsão segue, expressamente, o objetivo da Convenção, em “Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção” (Artigo 1º, alínea a).

Observa-se que a legislação brasileira de improbidade administrativa não pode criar obstáculos excessivos em desfavor do Estado na apuração de práticas corruptivas, em especial no “abuso de funções”, decorrente de “violação da lei”, sob pena de contrariar as referidas normas infraconstitucionais e supralegais, plano em que se alojam normas internacionais convencionais.

Portanto, suscitar um contexto indeterminado de “divergência jurisprudencial ou doutrinária” como empecilho à aplicação da Lei de Improbidade é um convite aberto para eventuais abusos de função, resultado que o ordenamento brasileiro, seguindo as normas internacionais anticorrupção, repudia, de forma expressa e objetiva. Um estímulo para a corrupção reforçado – frise-se -, pois o PL quer amparar situações de divergência, mesmo quando a ilegalidade subjacente à improbidade foi reconhecida como tal pela interpretação, em sede de controle.

Por isso, a ANPR propõe a supressão do § 8º do art. 1º na Lei nº 8.429/1992, excluindo-o da previsão do art. 2º do PL.

4. Diminuição do alcance da participação do terceiro na improbidade administrativa

O PL busca atualizar o art. 3º da Lei nº 8.429/1992 com a presença do dolo, mas suprimiu o verbo beneficiar-se de forma direta ou indireta como uma das formas de enquadramento do terceiro (particular) como sujeito ativo da improbidade administrativa.

Essa simples supressão vai deixar quase todas as pessoas jurídicas de fora das improbidades administrativas, pois a principal participação delas está no benefício dos atos ilícitos, tais como o recebimento de vantagem financeira por meio de contratos superfaturados.

A supressão de tal verbo, portanto, apresenta uma lacuna extremamente preocupante, na medida em que deixará de fora todos os particulares (pessoas físicas ou jurídicas) que, embora não tenham induzido ou concorrido com o ato de improbidade, beneficiaram-se dolosamente com os proveitos do ato.

Assim, a ANPR sugere que se promova a alteração da proposta quanto ao art. 3º da Lei nº 8.429/92, nos seguintes termos:

“Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. (NR)

5. Redimensionamento das sanções por ato de improbidade administrativa

No âmbito das sanções (art. 12 da Lei nº 8.429/1992), o projeto reduziu o valor da multa civil e, aparentemente, aumentou o prazo da suspensão dos direitos políticos com relação aos atos de enriquecimento ilícito e lesão ao erário.

Com relação à improbidade por violação a princípios, limitou o bloco das sanções basicamente ao pagamento de multa civil (reduzida) e proibição de contratar e de receber benefícios do Poder Público, deixando de fora as importantes sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.

Quanto ao aumento da suspensão dos direitos políticos nos incisos I e II, tal incremento é apenas aparente, pois, de um lado, o legislador impôs um limite máximo, mas não estabeleceu limite mínimo. No caso de enriquecimento ilícito, corresponde de 1 dia a 14 anos e, no de lesão ao erário, vai de 1 dia a 12 anos. Ora,

não estabelecer as balizas mínimas viola técnica de elaboração do preceito secundário da pena, que necessita estabelecer as balizas mínimas e máximas para o juiz se guiar com objetividade e segurança.

Sem a baliza do mínimo da pena, o efeito prático vai ser o de uma drástica redução dos prazos de condenação a suspensão dos direitos políticos.

Assim, propõe-se o aproveitamento das balizas mínimas já estabelecidas na redação original da Lei 8.429/1992.

Com relação às sanções retiradas do inciso III, propõe-se o acréscimo das sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos. Isso porque há casos de violação a princípios de tamanha gravidade – como a tortura policial para obter a confissão de um crime por parte de um inocente ou um estupro de uma detenta, levado a efeito por um agente penitenciário – que a pena de demissão é uma sanção adequada e proporcional à gravidade da conduta. Importante lembrar que as sanções podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, cabendo ao magistrado analisar, no caso concreto, a gravidade e reprovabilidade da conduta, para selecionar as sanções adequadas.

Portanto, pede-se que a alteração dos incisos I, II e II do art. 12 do PL, a fim de que contenham a seguinte redação:

“Art. 12.....

I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 8 (oito) a 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos;

II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos;

III – na hipótese do art. 11 desta Lei, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 8 (oito) anos, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos; (NR)

6. Execução das sanções somente após o trânsito em julgado

Consoante a Constituição Federal, o processo judicial impositivo de sanções por ato de improbidade é o processo civil coletivo, na medida em que a gravidade das sanções estipuladas no artigo 37, § 4º, exige a intervenção do Poder Judiciário. Por outro lado, a postulação é realizada por meio de ação civil pública,

prevista no artigo 129, inciso III da CF. Trata-se de ação civil pública com escopo sancionatório próprio em defesa de bem jurídico metaindividual e público (probidade na organização do Estado).

A Lei 8.429/1992 trata da “ação principal” em seu artigo 17 e preceitua, nos termos de execução de sanções, que “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória” (art. 20).

Subvertendo a atual lei e o PL originário elaborado pela comissão de juristas, o PL aprovado na Câmara dispõe que todas sanções previstas no artigo 12 só possam ser executadas com o trânsito em julgado da sentença (art. 12, § 9º).

Não há, contudo, na Constituição limitação para execução da sentença condenatória somente após a coisa julgada. Mesmo no art. 15 da CF, não se exige coisa julgada na disciplina das hipóteses de suspensão de direitos políticos, que interfere drasticamente no exercício da capacidade eleitoral ativa e passiva do cidadão. Em vista da gravidade do seu conteúdo, a lei nacional agasalhou obstáculo na execução da perda da função pública e suspensão de direitos políticos. É razoável a disciplina legal em vigor, por se manter proporcional o vínculo entre gravidade da sanção e segurança jurídica no início de seu cumprimento.

Estender esse regime para todas as sanções é desproporcional. Execução de perdimento de acréscimos patrimoniais ilícitos, ressarcimento de dano ao Erário, multa civil e interdição de direitos devem continuar com a possibilidade de execução provisória, tão logo se encerre a fase recursal perante o Tribunal competente. No tocante ao ressarcimento, o dispositivo ainda tem outra falha técnica, que é confundir sanções e pretensão obrigacional, falha que vem desde a origem da LIA. No caso, nada impede que a pretensão de ressarcimento seja exercida de forma autônoma, sem a ação de improbidade. Não é o fato de as ações de improbidade terem cumulações de pedido no mesmo processo que faz da pretensão de ressarcimento uma sanção. É possível um processo autônomo apenas com o pedido obrigacional, sem sequer usar a base legal da improbidade. Portanto, querer tratar a relação obrigacional como se sanção fosse, revela-se tecnicamente equivocado.

Tendo a ação civil pública de improbidade já tramitado em primeira e segunda instância, já se tem o respeito ao devido processo legal necessário e suficiente para habilitar o autor da ação (MP) para iniciar a execução provisória, seguindo os trâmites processuais legais, conforme as circunstâncias de cada demanda. Isto atende ao fortalecimento do sistema de improbidade administrativa, na prevenção e repressão dos atos de improbidade. A solução contrária, do PL, enfraquece a capacidade dissuasória e punitiva das sanções e poderá incentivar a procrastinação do processo judicial, na busca de adiar a execução, que só será possível após a coisa julgada.

O sistema atual já consagra a submissão do enquadramento legal dos fatos ilícitos e fixação de sanções em duas instâncias jurisdicionais. Há, pois, significativa segurança jurídica que tende a cancelar a possibilidade de execução provisória da condenação. O Brasil se comprometeu a cumprir a Convenção de Mérida, que dispõe em seu artigo 1º, a finalidade de “promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção”. Ao tratar do “processo, sentença e sanções”, a Convenção estabelece que:

Cada Estado Parte velará para que se exerçam quaisquer faculdades legais discricionárias de que disponham conforme sua legislação interna em relação ao indiciamento de pessoas pelos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção a fim de dar máxima eficácia às medidas adotadas para fazer cumprir a lei a respeito desses delitos, tendo devidamente em conta a necessidade de preveni-los.

A extensão ampla ou geral de executar os provimentos sancionatórios estabelecidos para prevenir e punir práticas corruptivas não se coaduna com esse compromisso e deve ser rejeitada. Assim, a ANPR entende ser necessário a rejeição do dispositivo.

Posto isso, sugere-se a supressão do § 9º, do art. 12, na forma prevista pelo art. 2º do PL.

7. Mudança na natureza jurídica das cautelares patrimoniais

As propostas para os §§ 3º, 4º, 5º, 8º, 10 e 11 do art. 16 da Lei nº 8.429/1992 mudam a atual natureza jurídica das cautelares patrimoniais no âmbito da improbidade administrativa, de tutela de evidência, conforme jurisprudência sedimentada do STJ, para tutela de urgência. Além disso, quebram regras basilares de solidariedade e de garantia efetivo ressarcimento dos cofres públicos causados pelos atos de improbidade administrativa.

O PL ressuscita a submissão da indisponibilidade à demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. Ou seja, novamente quer fazer imperar a necessidade de comprovação de dilapidação patrimonial pelos responsáveis como pressuposto da medida processual, impondo um ônus desproporcional de vigilância do autor da ação sobre os comportamentos dos réus, comprovadamente (*fumus boni juris*) responsáveis pela improbidade administrativa.

Isso vai de encontro ao longo debate jurisprudencial já ocorrido, que resultou na consolidação da aplicação da lei, no sentido de que a indisponibilidade deve ser concedida “independente da demonstração do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”, como constava do PL Originário. Merece destaque que a valoração da indisponibilidade como efeito imediato da prática da improbidade tem sede constitucional, pois a medida está prevista no artigo 37, § 4º da CF, tamanha é sua relevância para assegurar a efetividade do regime sancionador da improbidade.

Acontece que, mesmo sendo atualmente uma tutela de evidência, bastando demonstrar a probabilidade da ocorrência do ato de improbidade e da autoria, a taxa de sucesso de ressarcimentos nas ações de improbidade administrativa é baixíssima.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) assessorado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) lançou em 2015 a edição inaugural da SÉRIE “JUSTIÇA PESQUISA” intitulada Lei de improbidade administrativa: Obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade”, a qual, por meio de pesquisa em mais de 8 mil ações de improbidade, constatou-se que somente 4% dos casos conseguiu ressarcimento total e 6,4% ressarcimento parcial (alguma coisa).

Isso significa que em mais de 90% dos casos não há qualquer ressarcimento. Esse estudo empírico demonstra a necessidade de reforçar as medidas de constrição patrimonial. Aumentar o rigor nas cautelares patrimoniais é o mesmo que tornar essa taxa de insucesso mais vergonhosa e sem perspectiva de melhora da recuperação do dinheiro público.

O PL também rejeita o entendimento de que, no cálculo do valor da indisponibilidade, devem ser incluídas, além do ressarcimento do Erário, “as outras sanções de natureza patrimonial”, como estava previsto no PL Originário (artigo 16,

caput), o que inclui valores de multa civil. Nos termos do PL Substitutivo, a indisponibilidade somente será medida acautelatória do resultado útil de condenações ao ressarcimento ao Erário.

Ora, se a legislação nacional impõe a multa civil, torna-se corolário lógico que a indisponibilidade também seja dimensionada pelo seu valor, para proteção plena do resultado útil da demanda. Assim como na multa civil, é inadmissível impedir que a indisponibilidade possa ser decretada para resguardar a devolução de valores atinentes ao perdimento de bens ilicitamente acrescidos ao patrimônio, de pessoas físicas e de pessoas jurídicas, envolvidas na corrupção.

Recorrendo-se à Convenção de Mérida, merece registro o seu artigo 31, que trata do “embargo preventivo”, que é aplicável, por cada Estado Parte, “no maior grau permitido em seu ordenamento jurídico interno”, como medida que seja necessária para autorizar o confisco “do produto de delito qualificado de acordo com a presente Convenção ou de bens cujo valor corresponda ao de tal produto”.

O direito fundamental à moralidade administrativa (artigo 5º, LXXIII) exige proteção ampla da probidade e do patrimônio público, por parte do Poder Judiciário, o que inclui as medidas judiciais assecuratórias da tutela jurídica plena.

A indisponibilidade não retira do proprietário o uso, o gozo e a fruição do bem, mas tão somente limita a sua disposição. Trata-se de medida que não diminui o patrimônio do réu, ao contrário, visa à sua preservação, evitando que dele se desfaça.

Convém lembrar que ações de improbidade administrativa são naturalmente morosas, seja pela complexidade natural da demanda, seja pelo número de corréus que comumente participaram das práticas corruptivas, seja pela especialidade do rito processual, seja pela necessidade de trânsito em julgado para a execução de penalidades, considerando as diversas possibilidades de recursos.

A experiência tem mostrado que, invariavelmente, a execução de condenações de valores mais expressivos restam frustradas em sua maioria quando não se obteve a indisponibilidade de bens *in initio litis*. A matéria deve seguir disciplinada como tutela de evidência, constitucionalmente valorizada e fortalecida, e não como mera tutela de urgência.

Próprio do regime de responsabilidade patrimonial extracontratual, é incontestável a existência de solidariedade entre os responsáveis, nos exatos termos dos artigos 186, 398, 927, 942 do Código Civil. Conforme o artigo 942, “os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

O PL Originário mantinha intacto o regime de solidariedade passiva, na hipótese referenciada, acrescentando, em seu artigo 12, parágrafo 5º, a cumulatividade do ressarcimento com uma ou mais das sanções previstas em lei. Consta expressamente que “Na hipótese de litisconsórcio passivo, a condenação far-se-á no limite da participação de cada qual, admitida a condenação solidária quando presentes os requisitos cabíveis” (artigo 12, § 2º).

O PL aprovado na Câmara altera, de forma radical, o regime da inafastável solidariedade entre os responsáveis pela prática da improbidade administrativa.

A proposta é equivocada sob a ótica do devido processo legal e substancial, uma vez que sujeitos responsáveis pelo ressarcimento de danos causados por práticas corruptas seriam beneficiados pela exclusão da responsabilidade solidária, há muito consagrada pelo ordenamento brasileiro.

De um lado, ignora-se que individualização na participação de atos ímprobos gera repercussões sancionatórias, sendo que reparação de danos não é provimento estatal sancionatório, mas determinação de recomposição de esfera jurídica protegida e alvejada por dano material ou moral.

De outro lado, retira-se do ente lesado o benefício próprio do regime de responsabilidade patrimonial consistente na possibilidade de obtenção perante quaisquer devedores do valor da indenização devida, sendo que a divisão de valores é matéria própria de discussão entre os responsáveis, demais devedores solidários, conforme o regime da solidariedade passiva inscrito nos artigos 275 a 285 do Código Civil.

Em rigor, o PL indica uma verdadeira renúncia legal, pelos entes lesados, da solidariedade passiva existente entre os responsáveis pelo dano derivado da improbidade. O princípio constitucional da indisponibilidade dos interesses públicos, protetor da res publica (artigo 1º da CF), torna este desiderato intoleravelmente inconstitucional, porque, em matéria anticorrupção, inexistente fato objetivo que justifique este tratamento privilegiado em detrimento da tutela da probidade e do patrimônio público, violando o artigo 37, parágrafo 4º da CF.

De forma reiterada, o PL aprovado investe contra o Sistema Internacional Anticorrupção. A Convenção de Mérida estabelece, em seu artigo 35, tratando de indenização por danos e prejuízos, que “cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em conformidade com os princípios de sua legislação interna, para garantir que as entidades ou pessoas prejudicadas como consequência de um ato de corrupção tenham direito a iniciar uma ação legal contra os responsáveis desses danos e prejuízos a fim de obter indenização”.

No ordenamento brasileiro, há muito se positivou a solidariedade passiva decorrente da obrigação legal de ressarcimento de danos derivados de atos ilícitos. Não há fundamento em pretender diminuir/enfraquecer a solidariedade, que seria, substancialmente, reduzir a possibilidade do ente lesado promover a execução contra o responsável-devedor que ostente condições para satisfazer a obrigação.

Por fim, o § 11 estabelece uma inaceitável ordem de prioridade da indisponibilidade, que devem cair primeiramente em bens ilíquidos e só excepcionalmente em bens de maior liquidez, quando deveria ser o contrário. Ora, enquanto em um ressarcimento entre particulares a legislação prioriza os bens de maior liquidez, quer-se que no ressarcimento do patrimônio público, onde se vigora o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, o Poder Público apareça em larga desvantagem, o que não faz o menor sentido.

Assim, sugerem-se a supressão dos §§ 5º e 11, todos do art. 16, e a alteração dos §§ 3º, 4º, 8º e 10, nos seguintes termos:

Art. 16.....

§ 2º O pedido de indisponibilidade será concedido independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial à luz dos seus respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias.

§ 3º A medida pode ser decretada sem a oitiva prévia do réu, sempre que o contraditório prévio possa frustrar a efetividade da medida ou que haja outras circunstâncias que recomendem a proteção liminar.

§ 8º Aplica-se à indisponibilidade de bens regida por esta Lei, no que for cabível, o regime da tutela provisória da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 10. A constrição deverá recair sobre bens que sejam suficientes para a garantia do ressarcimento ao erário dos prejuízos patrimoniais alegados e da multa civil, independentemente da época de sua aquisição." (NR)

8. Necessidade de segurança jurídica aos acordos de não persecução cível

Para conferir mais segurança jurídica ao acordo de não persecução cível, já antecipando o debate de seus desdobramentos não previstos no PL, sugere-se o acréscimo de mais dois parágrafos para regular o instituto.

O primeiro trata da suspensão do prazo prescricional, a fim de a parte que descumprir o acordo se beneficie da passagem do tempo com eventual prescrição do ato de improbidade, quando nessa situação não se pode imputar ao Estado qualquer inércia no campo persecutório. Aqui há de prevalecer a boa-fé objetiva.

O segundo esclarece que os acordos descumpridos tornam sem efeito o conteúdo homologado, retornando ao *status quo ante*, permitindo a retomada da investigação (para os acordos extrajudiciais) e do processo (para os judiciais), a fim de que a parte não se beneficie de sua própria torpeza.

A ANPR, propõe, neste caso, o acréscimo dos §§ 8º e 9º ao art. 17-B contido na proposta de alteração da Lei nº 8.429/92 (art. 2º), com o seguinte teor:

Art. 17-B.....

§ 8º. Durante o cumprimento do acordo de não persecução civil o prazo prescricional ficará suspenso.

§ 9º. O descumprimento do acordo de não persecução civil torna sem efeito o conteúdo homologado, devendo o Ministério Público prosseguir com a investigação ou processo judicial, conforme o caso.
(NR)

9. A indevida interferência entre instâncias

Na proposta de alteração da Lei nº 8.429/1992, o § 3º do art. 21 trata da interferência entre instâncias, ou seja, quando o julgamento de uma instância pode interferir na outra.

É certo que a independência entre as instâncias não é absoluta. Isso porque a instância penal excepcionalmente poderá *interferir* nas demais esferas de responsabilidade quando houver absolvição com fundamento na *inexistência do fato* ou na *negativa de autoria* (CPP, art. 386, I e IV). Nestas duas hipóteses de absolvição, a instância penal terá interferência direta na esfera administrativa e civil, isentando o agente de suas outras responsabilidades. A razão dessa norma estaria no fato de que

no processo penal a instrução seria a mais profunda entre todas as esferas de responsabilidades (a mais exauriente das cognições), de modo que se o Poder Judiciário chegar à conclusão que o fato inexistiu (materialidade) ou de que o acusado não concorreu para a infração (autoria), esse dispositivo teria influência direta para as demais investidas sancionadoras, num efeito de prejudicialidade. Para os demais fundamentos de condenação ou de absolvição na esfera penal, todas as instâncias seguem independentes.

Ora, não se pode conceber que outra sentença civil interfira na instância da improbidade administrativa, pois ambas são jurisdições civis, sendo que a instância da improbidade administrativa tem previsão constitucional (CF, art. 37, § 4º) e não pode ser indevidamente interferida por uma instância de menor estatura. Alias, o peso probatório de um processo de improbidade administrativa – de direito indisponível, que não admite os efeitos da revelia – é muito maior que de um contencioso civil e maior ainda em face de uma ação declaratória civil.

Portanto, a expressão “civis” colocada no § 3º é absolutamente incompatível e inconstitucional com o sistema de independência de instâncias, razão por que sugere-se a sua supressão do dispositivo.

O § 4º do art. 21 diz que a absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição

previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Ademais, é importante ressaltar que a instância penal (nas hipóteses de negativa de autoria e ausência de materialidade) só pode interferir na instância cível quando há trânsito em julgado, em respeito à segurança jurídica, pois o provimento de eventual recurso pode voltar a se reconhecer autoria e materialidade no processo penal e não é razoável que a instância da improbidade seja trancada por uma premissa que se comprovou, ao final, falsa. A confirmação por órgão colegiado, enquanto não transitada em julgado, pode ser revista por meios de impugnação da decisão judicial.

Além disso, há burla ao princípio da independência de instância e exagerado intervencionismo da instância penal na improbidade, levando a resultados ilógicos e inconcebíveis como, por exemplo, absolvição penal por atipicidade da conduta (ausência de previsão de tipo penal para o fato) quando há tipo de improbidade específico para o fato (até porque não há paralelismo de todos os tipos penais com os da improbidade e vice-versa). Lembre-se, ainda, que as ações de improbidade também podem ser decididas por decisões colegiadas, tal como ocorre no processo penal.

Assim, sugere-se a supressão do § 4º do art. 21 e propõe-se a alteração do § 3º para o mesmo artigo da Lei nº 8.429/1992, nos termos a seguir:

“Art. 21.....

§ 3º. A sentença penal produzirá efeitos em relação à ação de improbidade quando concluir pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria, uma vez transitada em julgado. (NR)

10. Exíguo prazo para conclusão do inquérito civil

Segundo o proposto para o § 2º do art. 23 da Lei nº 8.429/1992, o prazo para a conclusão do inquérito civil será de 180 dias corridos, prorrogável uma única vez, por igual período, mediante justificativa fundamentada. Já o § 3º estabelece o prazo de 30 dias para o ajuizamento da ação judicial, se não for o caso de arquivamento.

O estabelecimento desse prazo exíguo para as investigações não se coaduna com o novo modelo de responsabilização por ato de improbidade administrativa proposto, no qual se exige provas mais robustas da intenção do agente (dolo específico); detalhamento minucioso da conduta; finalidade de obter proveito ou benefício para si ou outra pessoa; demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com indicação das normas constitucionais, legais e infralegais violadas; bem como comprovação da lesividade relevante do bem jurídico tutelado. Todo esse conjunto probatório passou a ser o mínimo exigido pela nova lei.

Ocorre que investigações de casos complexos e com pluralidade de agentes, por maior que seja o empenho e melhor a estrutura dos órgãos investigadores, os processos não terminam em 180 dias. Não são raros os casos que demandam medidas judiciais de quebras de sigilo fiscal, bancário e de dados, exame de documentos, realização de perícias, inspeções, além de compartilhamento de dados com outros órgãos de controle ou com autoridades estrangeiras.

Quando se trata de organização criminosa para desvios de recursos públicos, a dificuldade para conclusão será ainda maior. A investigação costuma desenvolver-se em etapas sucessivas para o mapeamento de pessoas envolvidas, a identificação de suas estruturas e a divisão de tarefas, podendo culminar na realização de medidas cautelares de busca e apreensão de materiais probatórios e de seus respectivos exames, assim como na oitiva de dezenas de pessoas envolvidas.

Somente depois de encerrada essas etapas de investigação, o Ministério Público ajuizará, se cabível, uma ação de improbidade administrativa lastreada em provas tecnicamente robustas e suficientes. A investigação responsável para o ajuizamento de uma ação de improbidade evita a ocorrência de erros e de ações temerárias.

O prazo para o ajuizamento da ação também será variável de acordo com a complexidade do caso e o número de réus, além da demanda processual e das estruturas administrativas existentes, questões relacionadas à organização e

funcionamento do Ministério Público e, muito especialmente, a necessidade de interlocução com outras instituições, especialmente a Controladoria-Geral da União e os Tribunais de Contas.

Sobre outro aspecto, é importante ressaltar que nem mesmo a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) estabelece prazos de conclusão do inquérito civil ou de ajuizamento de ação judicial, mas apenas estabelece procedimentos administrativos de controle em caso de arquivamento da investigação. Ademais, o rito processual do inquérito civil, referente à sua instauração e à sua tramitação, encontra-se normatizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução nº 23/2007. Pela referida norma, o inquérito civil deverá ser concluído no prazo de um ano, prorrogável pelo mesmo prazo e quantas vezes forem necessárias por decisão fundamentada, à vista da imprescindibilidade da realização ou da conclusão de diligências investigatórias, tudo em condições de impedir um artificial prolongamento das investigações.

Por isso, propõe-se a supressão do § 3º do art. 23 e sugere-se nova redação ao § 2º do art. 23 da Lei nº 8.429/1992, constante do art. 2º do Projeto de Lei nº 2.505, de 2021:

“Art. 23.

§ 2º O inquérito civil para apuração do ato de improbidade será concluído no prazo de 1 (um) ano, prorrogável por igual período e

por quantas vezes forem necessárias, mediante justificativa fundamentada, à vista a imprescindibilidade da realização ou da conclusão de diligências investigatórias.” (NR)

11. Mudança do regime de prescrição da pretensão sancionatória

O projeto de lei alterou as normas sobre prescrição. Estabeleceu o prazo de 8 (oito) anos para a aplicação das sanções previstas na lei de improbidade administrativa, contados da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência. Alterou significativamente o regime prescricional vigente, na medida em que deixou de fixar o prazo a partir do término do mandato, da prestação de contas, do exercício do cargo ou função de confiança, quando se presumia ser o marco temporal para que os ilícitos praticados na gestão administrativa se tornassem conhecidos. Se considerarmos a possibilidade de reeleição para mandatos de chefe do Executivo, podemos entender necessário o alargamento do prazo de 8 (oito) anos para 12 (doze) anos, o que melhor atenderia ao interesse público.

Ademais, o prazo de 8 (oito) anos estabelecido é reduzido pela metade quando ocorre a sua interrupção, segundo marcos estabelecidos na lei. Significa dizer que ajuizada a ação de improbidade, o prazo prescricional continua fluindo pela metade, ou seja, por 4 (quatro) anos.

Todavia, segundo pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (Justiça Pesquisa, 2015), realizada em mais de 8 mil ações de improbidade administrativa, o tempo médio da tramitação dessas ações, entre a data do ajuizamento e a do julgamento, é de 1548,63 dias, ou seja, 4,24 anos, tempo superior ao estabelecido em lei para o curso da ação judicial.

Significa dizer que, se a Reforma da Improbidade Administrativa for aprovada no Senado, nos termos propostos, introduzindo-se o instituto da prescrição intercorrente, haverá enxurrada de prescrições no curso do processo judicial, gerando impunidade aos atos ímprobos.

Isso porque a prescrição intercorrente terá o prazo de 4 anos (art. 23, § 5º), que vai ser contada do ajuizamento da ação até a publicação da sentença condenatória. Se considerarmos que o tempo médio atual de processamento da ação de improbidade é de 4,24 anos, não há dúvida de que a regra geral será a prescrição intercorrente.

Também não há clareza no projeto de lei quanto à imprescritibilidade de ressarcimento ao erário.

Em razão dos motivos acima, a ANPR propõe nova redação ao *caput* e § 5º do art. 23, além da inserção do § 9º no mesmo artigo, todos da Lei nº 8.429/1992, constante do art. 2º do Projeto de Lei nº 2.505/2021:

Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta lei prescreve em 12 (doze) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência.

...

§ 5º Interrompida a prescrição, o prazo começa do dia da ocorrência da causa interruptiva, pelo prazo previsto no *caput*.

...

§ 9º É imprescritível a pretensão de reaver bens e valores apropriados ilicitamente do Poder Público e de ressarcimento de outros danos causados ao erário. (NR)

Conclusões

A Lei de Improbidade Administrativa é um dos instrumentos mais importantes para o combate à corrupção e merece ser atualizada para se adequar às inovações do direito sancionador, garantir mais segurança jurídica e, acima de tudo, proporcionar efetividade na proteção do patrimônio público e social e da moralidade administrativa.

As sugestões levadas a efeito pela ANPR, em respeito e consideração a essa elevada Casa Legislativa, visam a contribuir para um maior aprimoramento no projeto de lei, que necessita de uma ampla discussão e debate, para que possa fazer

frente ao grande desafio de se construir um texto atualizado, com segurança jurídica e sem déficit de efetividade dos comandos constitucionais de proteção da probidade administrativa.



Ubiratan Cazetta

Presidente